

Sonja Pflaum*

Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung

Kritische Bemerkungen zum Ermessensspielraum der Behörden bei der Anwendung von Art. 53 StGB

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB
 1. Tatbestand
 2. Verurteilungen aufgrund von Art. 102 StGB
- III. Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB
 1. Tatbestand
 - a. De lege lata
 - b. De lege ferenda
 2. Rechtsfolgen – Art. 53 StGB versus Art. 102 StGB
 3. Einstellungen aufgrund von Art. 53 StGB
 4. Motivation der Unternehmen
 5. Ermessensspielraum der Behörden
- IV. Fazit

I. Einführung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Thematik der Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung. Zunächst wird der Tatbestand der Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art. 102 StGB behandelt. In diesem Zusammenhang wird exemplarisch auf einige Verurteilungen nach Art. 102 StGB eingegangen. Anschliessend wird die Wiedergutmachungsnorm nach Art. 53 StGB vorgestellt. Hierbei wird im Speziellen auf die Verfahrenseinstellungen durch Wiedergutmachung bei Strafverfahren gegen Unternehmen eingegangen. In diesem Zusammenhang wird der Aspekt beleuchtet, weshalb Unternehmen motiviert sind, eine Verfahrenserledigung über Art. 53 StGB anzustreben und welche Fragen sich dabei stellen. Abschliessend werden Lösungsansätze für die thematisierten Problematiken genannt.

* Dieser Beitrag ist auf der Basis eines Vortrages erstellt worden, den Dr. iur. Sonja Pflaum (Habilitandin und Lehrbeauftragte im Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, gefördert durch den Schweizerischen Nationalfonds [SNF], Ambizione-Beitragsempfängerin) am 20. April 2018 an der Universität St. Gallen im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens für eine Professur für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität St. Gallen gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

II. Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB

1. Tatbestand

Der Tatbestand der Unternehmensstrafbarkeit trat in der Schweiz am 1. Oktober 2003 als Art. 100^{quater} StGB (de lege lata Art. 102 StGB) in Kraft¹ und beinhaltet zwei unterschiedliche Konzepte: einerseits die in Art. 102 Abs. 1 StGB geregelte subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit² und andererseits die in Art. 102 Abs. 2 StGB geregelte kumulative Unternehmensstrafbarkeit (auch als konkurrierende, originäre, primäre oder parallele Unternehmensstrafbarkeit bezeichnet).³

Art. 102 Abs. 1 StGB (subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit) dient primär der Vermeidung von Strafbarkeitslücken.⁴ Der Tatbestand kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keine Individualzurechnung möglich ist und deshalb keine natürliche Person zur Verantwortung gezogen werden kann.⁵ Die Anwendung von Art. 102 Abs. 1 StGB, also eine Bestrafung des Unternehmens, ist mit anderen Worten ausgeschlossen, sobald eine Unternehmensstraftat einer bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Vom Anwendungsbereich

¹ Vgl. Bundesgesetz über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Finanzierung des Terrorismus), Änderung vom 21. März 2003, BBl 2003 2847, 2848; vgl. zudem BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 9; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Vor Art. 102 N 5; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 102 N 1; JUANA VASELLA, Die originäre Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB – Bemerkungen zu BGer 6B_124/2016 vom 11.10.2016, forumpoenale 2018, 56; zur Geschichte vgl. GÜNTER HEINE, ZStrR 2003, 25 ff.; MARK PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016, 59.

² Vgl. hierzu BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 52 ff.; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 15 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 1), Art. 102 N 3 ff.

³ Vgl. hierzu BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 230 ff.; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 18 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 1), Art. 102 N 6.

⁴ Vgl. nur BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 52.

⁵ STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., 169; VASELLA (FN 1), 56.

her kann die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit dann greifen, wenn (irgendein) Verbrechen oder Vergehen⁶ «in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Einrichtungen im Rahmen des Unternehmenszwecks» begangen worden ist.⁷

Art. 102 Abs. 2 StGB (kumulative Unternehmensstrafbarkeit) kann hingegen nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine sogenannte Katalogstraftat nach Art. 102 Abs. 2 StGB vorliegt.⁸ Zu den betreffenden Katalogstraftaten zählen Geldwäscherei,⁹ Korruption (Bestechung),¹⁰ Finanzierung des Terrorismus¹¹ und die organisierte Kriminalität.¹² Zudem ist es bei dieser Tatbestandsvariante notwendig, dass das Unternehmen nicht alles Erforderliche und Zumutbare getan hat, um eine solche Straftat zu verhindern.¹³ Der Grund für diese umfassendere Strafbarstellung von Unternehmen für gewisse Delikte (die genannten Katalogstraftaten) liegt in der Erfüllung internationaler Verpflichtungen, welche die Schweiz eingegangen ist und die sich lediglich auf bestimmte Kriminalitätsbereiche beziehen.¹⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 102 Abs. 1 StGB eine Haftung für Desorganisation darstellt – was heisst, dass wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens die Anlasstat keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann.¹⁵ Art. 102 Abs. 2 StGB stellt hingegen eine Haftung für die nicht verhinderte Anlasstat dar (sog. Deliktshinderungsverpflichtung).¹⁶ Der Vorwurf ist hier, dass das Unternehmen nicht alles Mögliche getan hat, um die Anlasstat zu verhindern.

Bei beiden Varianten (Art. 102 Abs. 1 StGB und Art. 102 Abs. 2 StGB) besteht die Sanktion in einer Busse von maximal 5 Mio CHF.¹⁷ Für die Strafzumessung, d.h. die Festlegung der konkreten Bussenhöhe, nennt Art. 102 Abs. 3 StGB vier Kriterien: Erstens die Schwere der Tat (wobei hier die Anlasstat gemeint ist), zweitens die Schwere des Organisationsmangels (sozusagen das Unternehmensverschulden), drittens die Schwere des angerichteten Schadens und viertens die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens.¹⁸ Bereits in der einschlägigen Botschaft wird darauf hingewiesen, dass die mangelhafte Organisation oftmals auf einem fahrlässigen Verhalten beruhen wird und deshalb der Strafrahmen nach oben nicht häufig ausgeschöpft werden dürfte.¹⁹

2. Verurteilungen aufgrund von Art. 102 StGB

Bei der ersten in der Schweiz erfolgten Verurteilung²⁰ aus dem Jahr 2005 durch die Freiburger Untersuchungsbehörden, bei der ein Unternehmen gestützt auf Art. 102 Abs. 1 StGB (subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit) zur Zahlung einer Busse verurteilt wurde, betrug die Höhe der Busse denn auch lediglich 3'000 CHF. Es ging hier um eine mit einem Firmenfahrzeug begangene Geschwindigkeitsübertretung (um 62 km/h), bei welcher der Mitarbeiter des Unternehmens, der das Fahrzeug gefahren hatte, nicht ermittelt werden konnte.²¹

Als weiteres Beispiel ist eine im Jahr 2011 erfolgte Verurteilung gegen die Alstom Network Schweiz AG zu erwähnen. Diese wurde per Strafbefehl der Bundesanwaltschaft aufgrund von Art. 102 Abs. 2 StGB (kumulative Unternehmensstrafbarkeit) i.V.m. Art. 322^{septies} StGB (Bestechung fremder Amtsträger) zu einer Busse von 2.5 Mio CHF verurteilt. Darüber hinaus hatte sie eine Ersatzforderung von 36.4 Mio CHF zu leisten.²²

⁶ Auf Übertretungen ist Art. 102 StGB nicht anwendbar (vgl. Art. 105 Abs. 1 StGB), vgl. STRATENWERTH/WOHLERS (FN 1), Art. 102 N 3 und Art. 105 N 2; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 7; PK-TRECHSEL/BERTOSSA (FN 1), Art. 105 N 1.

⁷ Siehe Art. 102 Abs. 1 Satz 1 StGB; vgl. zudem STRATENWERTH/WOHLERS (FN 1), Art. 102 N 3; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 7.

⁸ PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 18; vgl. zudem GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 13 N 190.

⁹ Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB).

¹⁰ Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322^{ter} StGB), Vorteilsgewährung (Art. 322^{quingies} StGB), Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} Abs. 1 StGB) und Bestechung Privater (Art. 322^{octies} StGB).

¹¹ Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quingies} StGB).

¹² Kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB).

¹³ PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 19a; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 244.

¹⁴ Vgl. nur PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 18; STRATENWERTH (FN 8), § 13 N 190; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 401 FN 111; TRECHSEL/NOLL/PIETH (FN 5), 168 f.

¹⁵ Vgl. VASELLA (FN 1), 56; MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006, 140 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 23 ff. und N 52.

¹⁶ Sog. Deliktshinderungsverpflichtung, vgl. BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 244; VASELLA (FN 1), 56.

¹⁷ Vgl. nur BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 318; STRATENWERTH (FN 8), § 13 N 191; TRECHSEL/NOLL/PIETH (FN 5), 169.

¹⁸ Vgl. hierzu ausführlich BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 319 ff.; vgl. zudem STRATENWERTH/WOHLERS (FN 1), Art. 102 N 7; STRATENWERTH (FN 8), § 13 N 191; TRECHSEL/NOLL/PIETH (FN 5), 170.

¹⁹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1979, 2144 (nachfolgend zitiert: Botschaft AT-Revision); vgl. zudem DONATSCH/TAG (FN 14), 405.

²⁰ JdT 2005 I 558 ff. (FR).

²¹ Vgl. UR FR, 5.1.2005, RFJ 2005, 59 ff., JdT 2005 I 558 ff.; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 1), Art. 102 N 24; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 102 mit dem Hinweis, dass sich im Kanton Basel Landschaft nach eigenen Angaben des Kantons eine entsprechende Strafbefehlspraxis entwickelt habe.

²² Vgl. hierzu PIETH (FN 1), 75; SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, Besprechung des Strafbefehls der Schweizerischen Bundesanwaltschaft gegen die Alstom Network Schweiz AG vom 22. November 2011, GesKR 2012, 129 f.

2016 wurden der brasilianische Baukonzern Odebrecht SA und eine seiner Tochtergesellschaften (CNO – Construtora Norberto Odebrecht SA) aufgrund von Art. 102 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 322^{septies} StGB (Bestechung fremder Amtsträger) und Art. 305^{bis} StGB (Geldwäsche) zu einer Busse von 4.5 Mio CHF verurteilt. Zudem hatten die zwei Gesellschaften zusammen mit einer weiteren Gesellschaft (Braskem SA) Ersatzforderungen von über 200 Mio CHF zu leisten.²³

Auffällig an den letzten beiden Fällen sind vor allem die hohen Ersatzforderungen. Hierzu ist zu bemerken, dass es beim Institut der Einziehung des durch eine Straftat erlangten Vermögensvorteils (aufgrund von Art. 70 Abs. 1 StGB) bzw. bei einer entsprechenden Ersatzforderung (aufgrund von Art. 71 Abs. 1 StGB) keine Obergrenze gibt.²⁴ Der behördliche Ermessensspielraum bei der Bestimmung des einziehbaren Betrages ist zudem sehr gross.²⁵ Gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB kann das Gericht eine Schätzung vornehmen, wenn sich der Umfang nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt. Die Einziehung stellt für die Unternehmen somit ein sehr hohes finanzielles Risiko dar – ein viel höheres Risiko als die in Art. 102 StGB vorgesehene Busse von maximal 5 Mio CHF.²⁶

Bemerkenswert ist des Weiteren, dass in den drei genannten Beispielen jeweils Strafbefehle erlassen wurden. Grundsätzlich hätten die beschuldigten Unternehmen demnach Einsprache gegen die erlassenen Strafbefehle erheben können. Sofern ein beschuldigtes Unternehmen jedoch Einsprache gegen einen erlassenen Strafbefehl erhebt, setzt es sich gleichzeitig der Gefahr einer schweren Bestrafung aus, da das Verbot der reformatio in peius in diesem Zusammenhang nicht gilt (vgl. Art. 355 Abs. 3 lit. c und lit. d StPO).²⁷ Zudem ist ein laufendes Strafverfahren für ein Unternehmen stets eine grosse Belastung. Der Abschluss eines Strafverfahrens hat demnach für ein Unternehmen per se einen grossen Wert, weshalb es wohl nur in absoluten Ausnahmefällen ein Verfahren von sich aus verlängern wird. Es ist deshalb wenig überraschend, dass soweit ersichtlich bis dato gegen keinen der bisher aufgrund von Art. 102 StGB gegen Unternehmen erlassenen Strafbefehle Einsprache erhoben wurde,²⁸ was aber zumindest teilweise wohl auch daran liegen wird, dass diese Strafbefehle vor deren Erlass mit den beschuldigten Unternehmen «abgesprochen» wurden.²⁹

III. Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB

Neben den Verurteilungen, genauer gesagt den erlassenen und nicht angefochtenen Strafbefehlen, springt bei Strafverfahren gegen Unternehmen zudem noch eine andere Art der Verfahrenserledigung ins Auge: Die Einstellung des Verfahrens unter Anwendung von Art. 53 StGB, der Wiedergutmachungsnorm.

Art. 53 StGB trat am 1. Januar 2007 in Kraft.³⁰ Der gesetzgeberische Zweck der Wiedergutmachungsnorm besteht in erster Linie darin, die Stellung des Straftatopfers zu stärken.³¹ In einem Satz zusammengefasst geht es bei der Wiedergutmachungsnorm darum, dass der Täter versucht, seine Tat wiedergutzumachen, z.B. indem er sich für eine gegenüber dem Opfer begangene Körperverletzung (im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB) bei diesem entschuldigt, eine allfällige Arztrechnung begleicht sowie eine Genugtuungssumme leistet. Im Gegenzug wird dann das eröffnete Strafverfahren gegen den Täter eingestellt.³²

Die Anwendung von Art. 53 StGB ist aber nicht nur für natürliche Personen interessant, gegen die ein Strafverfahren geführt wird, sondern auch für Unternehmen sehr verlockend, weil eine Verfahrenserledigung via Art. 53 StGB (vor allem im Vergleich zu einem ordentlichen Strafverfahren) für Unternehmen eine schnelle Verfahrenserledigung mit einem sicheren Ergebnis garantiert, auf das sie über den Aushandlungsprozess bezüglich der Wiedergutmachungsleistung einen gewissen Einfluss haben oder bei dem sie zumindest der festen Überzeugung sind, ihn zu haben.³³

Für die Staatsanwaltschaft besteht der Vorteil darin, dass eine Verfahrenserledigung nach Art. 53 StGB in der Regel bedeutend weniger Arbeitsaufwand generiert, als die Durchführung eines vollständigen ordentlichen Strafverfahrens mit sich bringen würde. Dieser Vorteil gilt bei komplexen und umfangreichen Wirtschaftsstrafrechtsverfahren, was die Strafverfahren gegen Unternehmen nach Art. 102 StGB freilich regelmässig sind,³⁴ umso mehr. Ein zusätzlicher Gewinn besteht für die Staats-

²³ Verfahrenskomplex Petrobras – Odebrecht: Die Bundesanwaltschaft verurteilt brasilianische Unternehmen und fordert die Zahlung von über CHF 200 Millionen, Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft v. 21.12.2016.

²⁴ NADELHOFER DO CANTO (FN 22), 132, 135; Pieth (FN 1), 271.

²⁵ NADELHOFER DO CANTO (FN 22), 135.

²⁶ Vgl. NADELHOFER DO CANTO (FN 22), 132, 134 f.; DONATSCH/TAG (FN 14), 405.

²⁷ BSK StPO/JStPO-RIKLIN, Art. 355 N 4.

²⁸ Vgl. nur VASELLA (FN 1), 56.

²⁹ Vgl. hierzu PIETH (FN 1), 271.

³⁰ Vgl. hierzu ausführlich FLORIAAN WENT, Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren, Zürich 2012, 141 f.

³¹ Botschaft AT-Revision (FN 19), BBl 1998, 1979, 2065.

³² BSK StGB I-RIKLIN (FN 1), Art. 53 N 42 ff.; FELIX BOMMER, Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), forum poenale 2008, 175 ff. Zu beachten ist insoweit aber die Auffassung des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre, dass Gerichte das Verfahren nicht einstellen dürfen, wenn die Voraussetzungen der Wiedergutmachung erst im Stadium ihrer Verfahrensleitung erfüllt sind, sondern dann einen Schuldspruch unter Strafverzicht auszusprechen haben, s. BGE 135 IV 27 und hierzu SONJA PFLAUM/FLORIAAN WENT/VEIO ZANOLINI, Restorative Justice in der Schweiz, TOA-Magazin, 2/2016, 40 m.w.H.

³³ Vgl. PIETH (FN 1), 272.

³⁴ Vgl. hierzu PIETH (FN 1), 272.

anwaltschaft darin, dass sie sich nicht vertieft mit Fällen auseinandersetzen muss, die beweismässig eher dünn sind.³⁵

1. Tatbestand

a. De lege lata

Art. 53 StGB verpflichtet die zuständige Behörde zur Einstellung des Verfahrens respektive zum Absehen von einer Bestrafung, wenn folgende drei Voraussetzungen gegeben sind: Erstens muss der Täter den Schaden gedeckt haben oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen haben, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen.³⁶ Zweitens muss die Ausfällung einer bedingten Strafe nach Art. 42 StGB möglich sein, d.h. eine Freiheitsstrafe von maximal 2 Jahren.³⁷ Bei Übertretungen, bei denen lediglich unbedingte Bussen ausgesprochen werden können, kann Art. 53 StGB trotzdem Anwendung finden, sofern eine günstige Prognose gegeben ist.³⁸ Und drittens muss das Interesse der Öffentlichkeit und das Interesse des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sein.³⁹

Unter diesen drei Voraussetzungen kommt Art. 53 StGB zur Anwendung mit der Rechtsfolge, dass das entsprechende Strafverfahren eingestellt wird bzw. von einer Bestrafung abgesehen wird.⁴⁰

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass Art. 53 StGB seit seiner Einführung im Jahr 2007 – insbesondere aufgrund einiger prominenter Fälle, z.B. Nef, FIFA, HSBC, Hirschmann, Vekselberg/Pecic/Stumpf⁴¹ – in den Medien und auch auf politischer Ebene unter heftiger Kritik steht. Es ist regelmässig die Rede von einer nicht sachgerechten Verbesserung der Position von Straftätern, von der Bevorteilung vermöglicher Beschul-

digter oder gar von Ablasshandel und einer Aushöhlung des Rechtsstaates.⁴²

b. De lege ferenda

Die kritische Haltung gegenüber der Wiedergutmachungsnorm führte unter anderem dazu, dass sich Art. 53 StGB derzeit in Revision befindet und de lege ferenda – vorausgesetzt die Referendumsfrist läuft am 7. April 2019 unbenutzt ab – nur noch dann zur Anwendung gelangen soll, wenn der Täter den Sachverhalt eingestanden hat (rev-Art. 53 lit. c StGB) und eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (und nicht mehr wie de lege lata eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren gemäss Art. 53 lit. a StGB i.V.m. Art. 42 StGB)⁴³ oder eine bedingte Geldstrafe oder eine Busse in Betracht kommt (rev-Art. 53 lit. a StGB).⁴⁴

Explizite Erwähnung findet im Gesetzestext de lege ferenda die Busse (rev-Art. 53 lit. a StGB). Der Stellungnahme des Bundesrates lässt sich entnehmen, dass es in der Vergangenheit zwar bereits zu Einstellungen wegen Wiedergutmachung bei Übertretungen gekommen ist. Es hierzu aber keine höchstrichterliche Rechtsprechung gebe, weshalb es aus rechtsstaatlichen Gründen zu begrüssen sei, durch die explizite Erwähnung der Busse Klarheit zu schaffen.⁴⁵ Hierzu ist zu bemerken, dass die Wiedergutmachungsnorm de lege ferenda gemäss Gesetzestext im Übertretungsstrafbereich selbst dann Anwendung finden kann, wenn dem Unternehmen keine günstige Legalprognose gestellt werden kann. Jedenfalls fehlt in rev-Art. 53 lit. a StGB der entsprechende Passus, dass die Wiedergutmachungsnorm in Bezug auf Bussen nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn dem Täter eine günstige Legalprognose gestellt werden kann. Dementsprechend wird der Anwendungsbereich der Wiedergutmachungsnorm de lege ferenda im Übertretungsstrafbereich wohl sogar erweitert.

2. Rechtsfolgen – Art. 53 StGB versus Art. 102 StGB

Stellt man die Rechtsfolgen von Art. 102 StGB und Art. 53 StGB einander gegenüber, so ergibt sich folgen-

³⁵ Vgl. PIETH (FN 1), 270.

³⁶ BSK StGB I-RIKLIN (FN 1), Art. 53 N 9 ff.

³⁷ BSK StGB I-RIKLIN (FN 1), Art. 53 N 26 ff.; BSK StPO-FIOLKA/RIEDO (FN 27), Art. 8 N 34; BOMMER (FN 32), 173.

³⁸ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 343; BSK StGB I-RIKLIN (FN 1), Art. 53 N 19; BSK StPO-FIOLKA/RIEDO (FN 27), Art. 8 N 35; PK-TRECHSEL/KELLER (FN 1), Art. 53 N 2; BOMMER (FN 32), 173, FN 11.

³⁹ BSK StGB I-RIKLIN (FN 1), Art. 53 N 27 ff.; näher hierzu RAINER ANGST/HANS MAURER, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung (Teil 1), forum-poenale 2008, 302 ff.

⁴⁰ BSK StGB I-RIKLIN (FN 1), Art. 53 N 42 ff.; vgl. auch vorne FN 32.

⁴¹ Vgl. Nef soll an Ex-Partnerin Wiedergutmachung gezahlt haben, NZZ v. 16.7.2008; Staatsanwaltschaft Kanton Zug, II. Abteilung, Einstellungsverfügung vom 11. Mai 2010 in Sachen FIFA (Verfahren 24 2005 31601); Der Fall HSBC, Moderner Ablasshandel, NZZ v. 5.6.2015; Vekselberg zahlt 10'000 Franken Wiedergutmachung, Tages-Anzeiger v. 15.3.2015; Finanzdepartement stellt Sulzer-Verfahren gegen die drei Investoren ein: Erneuter Sieg für Vekselberg, Pecic und Stumpf, NZZ v. 18.0.2010; Schuldspruch gegen Carl Hirschmann bestätigt, Bei Sex mit Minderjährigen schützt finanzielle Wiedergutmachung nicht zwingend vor Strafe, NZZ. v. 7.2.2014; vgl. zudem PFLAUM/WENT/ZANOLINI (FN 32), 40.

⁴² Wenig durchdachte «Quantensprünge» im neuen Strafrecht: Der Leitende Oberstaatsanwalt Andreas Brunner fordert rasche Änderungen, NZZ v. 18.4.2009; Der Ablass zieht in die Justiz ein, NZZ am Sonntag v. 24.10.2010; Parlamentarische Initiative «Abschaffung der Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB», eingereicht von Rudolf Joder am 15.12.2010, GN 10.522.

⁴³ Vgl. hierzu bereits vorne bei FN 37.

⁴⁴ Bundesgesetz über die Änderung der Wiedergutmachungsregelung (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendstrafgesetzes und des Militärstrafgesetzes) vom 14. Dezember 2018, BBl 2018 7857.

⁴⁵ Parlamentarische Initiative, Modifizierung von Art. 53 StGB, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Mai 2018, Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Juli 2018, BBl 2018 4925, 4928 f.

des Bild: Bei einer Bestrafung aufgrund von Art. 102 StGB kommt es zu einer Verurteilung des Unternehmens, bei Art. 53 StGB hingegen zu einer Einstellung des Verfahrens.⁴⁶ Bei Art. 102 StGB kann das Unternehmen maximal mit einer Busse von 5 Mio Franken bestraft werden.⁴⁷ Bei Art. 53 StGB muss das Unternehmen den Schaden decken oder alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um das bewirkte Unrecht auszugleichen, damit das laufende Strafverfahren gegen das Unternehmen eingestellt und es somit nicht bestraft wird.

Unklar ist, wann diese in Art. 53 StGB enthaltene Voraussetzung – insbesondere die Alternative des Unternehmens aller zumutbaren Anstrengungen – als erfüllt betrachtet werden kann.⁴⁸ Anhand einiger Beispiele von Einstellungen von Strafverfahren gegen Unternehmen nach Art. 53 StGB soll die diesbezügliche Praxis nachfolgend veranschaulicht und somit konkretisiert werden.

3. Einstellungen aufgrund von Art. 53 StGB

Die Staatsanwaltschaft Zug hat im Jahr 2010 ein gegen die FIFA laufendes Strafverfahren betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung eingestellt. Die von der FIFA geleistete Wiedergutmachungszahlung betrug 2.5 Mio CHF.⁴⁹

Im Jahr 2011 stellte die Bundesanwaltschaft ein laufendes Strafverfahren gegen die Alstom SA (die französische Konzernzentrale) betreffend Bestechung fremder Amtsträger ein. Die Alstom leistete eine Wiedergutmachungszahlung von 1 Mio CHF. Dieser Betrag wurde an das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) überwiesen.⁵⁰

Im Jahr 2013 stellte die Bundesanwaltschaft sodann eine Strafuntersuchung gegen die schwedische Gesellschaft SIT betreffend Bestechung fremder Amtsträger ein. Die SIT leistete eine Wiedergutmachungszahlung von 125'000 CHF zugunsten des IKRK. Zudem verfügte die Bundesanwaltschaft die Einziehung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte in der Höhe von 10.6 Mio. USD. Die SIT wurde zur Zahlung einer entsprechenden Ersatzforderung (Art. 71 Abs. 1 StGB)

verpflichtet.⁵¹ An dieser Stelle ist nochmals auf die Problematik hinzuweisen, dass der behördliche Ermessensspielraum bei der Bestimmung des einziehbaren Betrages sehr gross ist.⁵²

Interessant sind aber vor allem die nächsten beiden Fälle mit geleisteten Wiedergutmachungssummen in der Höhe von 40 Mio CHF und 31 Mio CHF.

Die Genfer Staatsanwaltschaft hatte im Februar 2015 ein Strafverfahren wegen Geldwäscherei gegen die HSBC Private Bank Suisse (eine Tochtergesellschaft der britischen Grossbank) eröffnet. Nach 3.5 Monaten stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren aufgrund von Art. 53 StGB ein. Die Wiedergutmachungszahlung wegen organisatorischer Mängel belief sich auf 40 Mio CHF und wurde an den Kanton Genf entrichtet.⁵³

Im Februar 2017 wurde, wiederum von der Genfer Staatsanwaltschaft, ein Strafverfahren gegen die Rohstofffirma Addax wegen Bestechung fremder Amtsträger eröffnet. Nach viermonatigen Ermittlungen stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach Art. 53 StGB ein. Die Wiedergutmachungszahlung, diesmal in der Höhe von 31 Mio CHF, wurde ebenfalls an den Kanton Genf entrichtet.⁵⁴

4. Motivation der Unternehmen

Gemeinsam ist den beiden letztgenannten Fällen, dass Wiedergutmachungszahlungen geleistet wurden, die weit über der von Art. 102 StGB angedrohten Maximalbusse von 5 Mio CHF liegen. In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, weshalb ein Unternehmen einen solchen Deal eingehen sollte. Schliesslich ist es auf den ersten Blick schwer nachvollziehbar, dass ein Unternehmen bereit ist, 40 bzw. 31 Mio CHF an «Einstellungsgebühren» zu leisten, anstatt eine Busse von maximal 5 Mio CHF in Kauf zu nehmen. Für eine derartige Verhaltensweise sprechen im Endeffekt jedoch folgende Argumente: Ein Unternehmen kann durch eine Einstellung eine (mögliche) Verurteilung verhindern. Es entgeht damit also einer Bestrafung. Damit erhofft sich ein Unternehmen, einen drohenden Reputationsschaden zu verhindern oder zu vermindern. Ein Reputationsschaden entsteht aber natürlich bereits mit der Eröffnung eines Strafverfahrens gegen ein Unternehmen.⁵⁵ Und je länger das Verfahren andauert, desto ungünstiger wird die Situation für ein Unternehmen. Es droht, dass das Verfahren

⁴⁶ Vgl. auch vorne bei FN 32.

⁴⁷ Vgl. vorne bei FN 17.

⁴⁸ Vgl. nur BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 342 f., die zudem darauf hinweisen, dass bei Art. 102 Abs. 1 StGB die Wiedergutmachung des Schadens beim Opfer der Anlasstat keine Strafbefreiung für das Unternehmen zur Folge haben kann und dementsprechend eine Wiedergutmachung für das Unternehmen nur aufgrund des Unternehmens aller zumutbaren Anstrengungen erfolgen kann und dass es sich bei den in Art. 102 Abs. 2 StGB genannten Delikten um Straftaten gegen öffentliche Interessen handelt, was eine Schadensdeckung auch hier auszuschliessen scheint, obwohl die Delikte als solche wiedergutmachungsfähig sind.

⁴⁹ Staatsanwaltschaft Kanton Zug (FN 41).

⁵⁰ Strafverfahren gegen Alstom-Gesellschaften abgeschlossen, Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011.

⁵¹ Bestechung beim Bau der Yamal-Pipeline: Siemens-Tochter bezahlt Wiedergutmachung, Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft v. 12.11.2013.

⁵² Vgl. hierzu vorne bei FN 25.

⁵³ Kanton Genf schliesst Deal mit Rohstofffirma, NZZ v. 5.7.2017.

⁵⁴ HSBC Schweiz zahlt 40 Millionen Wiedergutmachung, Tages-Anzeiger v. 5.6.2015; Der Fall HSBC, Moderner Ablasshandel, NZZ v. 5.6.2015.

⁵⁵ Vgl. nur DONATSCH/TAG (FN 14), 405.

die Medien über Jahre hinweg beschäftigt, was für ein Unternehmen selbstredend sehr schädlich ist. Unternehmen haben deshalb das grösste Interesse daran, Verfahren zu einem möglichst schnellen Abschluss zu bringen. Aus diesen Gründen ist ein Unternehmen schliesslich bereit, eine Wiedergutmachungsleistung zu erbringen, die weit über der Maximalbusse von 5 Mio CHF liegt.

5. Ermessensspielraum der Behörden

Zurückkommend auf die bereits erwähnten Kritikpunkte in Bezug auf die Wiedergutmachungsnorm ist Folgendes festzuhalten:⁵⁶

Hinsichtlich des immer wieder gegen Art. 53 StGB angebrachten Einwandes einer Besserstellung vermögender Beschuldigter ist zu bemerken, dass die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB bei genauerer Betrachtung, jedenfalls in Bezug auf vermögende Unternehmen, die grosse Gefahr der Nötigung durch die Staatsanwaltschaft in sich birgt. Folglich kann insoweit keineswegs von einer Verbesserung der Position von Straftätern gesprochen werden. Zumindest für Unternehmen hat das Institut der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB in gewisser Weise vielmehr eine Schlechterstellung ihrer Position im Strafverfahren zur Folge.

Bezüglich des Stichworts Ablasshandel ist festzustellen, dass die Gefahr besteht, dass Unternehmen hohe Wiedergutmachungssummen leisten, obwohl vielleicht nicht einmal eine nachweisbare Straftat vorliegt. Diesen Eindruck vermittelt etwa der Fall Addax, ist dem Communiqué der Genfer Staatsanwaltschaft doch zu entnehmen, dass sie nach viermonatigen Ermittlungen zum Schluss gekommen sei, dass die Zahlungen (d.h. die mutmasslichen Bestechungsleistungen) nicht ausreichend dokumentiert seien. Es bestünden zwar Zweifel an der Legalität, doch könne keine verbrecherische Absicht nachgewiesen werden.⁵⁷ Von Ablasshandel, im Sinne von Befreiung von Strafe gegen Zahlung, kann hier keine Rede sein, zumal in casu ganz offensichtlich nicht einmal eine nachweisbare Straftat vorlag.

Zum letzten Kritikpunkt, der Aushöhlung des Rechtsstaates, kann festgehalten werden, dass dieser Punkt durchaus seine Berechtigung hat. Jedoch nicht, weil ein Unternehmen nicht ihrer gerechten Strafe zugeführt wird, sondern weil durch die Anwendung von Art. 53 StGB die nicht bloss theoretische Gefahr besteht, dass Unternehmen den Anspruch auf ein faires Verfahren verlieren, indem sie für – unter Umständen nicht einmal nachweisbare – Taten zu Wiedergutmachungsleistungen

genötigt werden, die die Maximalbusse von 5 Mio CHF von Art. 102 StGB um ein Vielfaches übersteigen.

Aufgrund der thematisierten Punkte stellt sich die Frage, wieviel Freiraum eine Behörde bei der Aushandlung einer Einstellungsverfügung nach Art. 53 StGB haben sollte. Die Voraussetzung *de lege lata*, dass alle zumutbaren Anstrengungen unternommen worden sein müssen, um das bewirkte Unrecht auszugleichen, die unter anderem immer dann zur Anwendung kommen muss, wenn kein (bezifferbarer) Schaden entstanden ist,⁵⁸ ist nach hier vertretener Auffassung jedenfalls ein klar zu schwammiger Begriff. Damit steht fest, dass die derzeitige Regelung rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht genügt und der Ermessensspielraum der untersuchenden Behörde *de lege ferenda* zwingend eingeschränkt werden muss.

In diesem Zusammenhang sind zwei Überlegungen zu erwähnen: Zum einen scheint es unabdingbar, dass immer dann, wenn kein bezifferbarer Schaden vorliegt oder es sich um ein Delikt ohne Schadensfolgen handelt (d.h. um ein Delikt gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit),⁵⁹ die Wiedergutmachungsleistung die Maximalbussenhöhe von Art. 102 StGB (d.h. 5 Mio CHF) keinesfalls übersteigen darf. Auf diese Weise lässt sich das Nötigungspotenzial der Behörden, wenngleich nicht völlig eliminieren, so doch zumindest moderat eindämmen. Um das Nötigungspotenzial der Behörden weitgehend zu entschärfen, müsste es *de lege ferenda* in gewissen Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen zum anderen möglich sein, ein laufendes Strafverfahren gegen ein Unternehmen ganz ohne (finanzielle) Wiedergutmachungsleistung einzustellen.⁶⁰

IV. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Unternehmen aus Reputationsgründen ein Interesse daran haben, ein gegen sie geführtes Strafverfahren betreffend Art. 102 StGB über die Wiedergutmachungsnorm (Art. 53 StGB) zu erledigen. *De lege lata* besteht jedoch

⁵⁶ Vgl. hierzu vorne bei FN 42.

⁵⁷ Procédure contre Addax: Réparation à hauteur de 31 millions de francs et classement de la procédure, Communiqué de presse, Ministère public genevois, 05.07.2017.

⁵⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang NIGGLI/GFELLER, die darauf hinweisen, dass bei Art. 102 StGB ein tatsächlicher Schadensausgleich gar nie möglich ist, BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 1), Art. 102 N 342; vgl. hierzu bereits vorne FN 48.

⁵⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang Ausführungen vorne in FN 48 und FN 58.

⁶⁰ Beispielsweise wenn ein Unternehmen nach Begehung der Anlasstat ohne behördliche Intervention entsprechende Massnahmen zur Vorbeugung solcher Straftaten getroffen hat (Verbesserung der Compliance), wie z.B. das Einrichten effektiver Kontrollsysteme und das Treffen wirkungsvoller personeller und organisatorischer Massnahmen, und eine Bestrafung auch aus anderen Gründen nicht mehr in Betracht fällt, vgl. in diesem Zusammenhang § 18 des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VBVG); vgl. hierzu nur ROBERT KERT, Umfang und Grenzen des Opportunitätsprinzips im Verbandsstrafrecht, in: Leitner/Brandl (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2016, Wien 2017, 196 ff. und 210 ff.

ein zu grosser Ermessensspielraum der Behörden bei der Aushandlung einer Einstellungsverfügung bzw. bei der Festlegung der konkreten Wiedergutmachungsleistung. Diese Problematik dürfte sich de lege ferenda mit dem Inkrafttreten von rev-Art. 53 lit. a StGB zusätzlich verschärfen, weil dann die Einstellung eines Strafverfahrens gegen ein Unternehmen offenbar selbst dann nicht mehr ausgeschlossen ist, wenn dem strafverfolgten Unternehmen keine günstige Legalprognose gestellt werden kann. Aufgrund des bestehenden Nötigungspotenzials der Behörden laufen Unternehmen letztendlich Gefahr den Anspruch auf ein faires Verfahren zu verlieren, weshalb die derzeitige Regelung rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht genügt. Entsprechend ist die Wiedergutmachungsnorm sowohl in ihrer derzeit geltenden als auch in der möglicherweise neuen Gestalt weiterhin dringend revisionsbedürftig.
